

LA EXTINCIÓN DE DOMINIO: UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Patricia Vargas González¹

RESUMEN: A pesar de los esfuerzos por negar que la extinción de dominio posee una naturaleza sancionatoria, en los términos en que está planteada su regulación en el proyecto N° 19.571 que se discute actualmente en la Asamblea Legislativa, se tiene que ese es su carácter, con lo cual es cuestionable prescindir de los principios, derechos y garantías que, desde la normativa convencional y constitucional vigente en el país, se asocian a la imposición de una pena. En lugar de lo anterior, debería apostarse por una reforma del comiso, que permita hacer de este instituto una herramienta eficaz para recuperar los activos de la criminalidad.

Palabras Claves: Ganancias ilícitas, efectos, instrumentos, comiso, crimen organizado, extinción de dominio, recuperación de activos.

ABSTRACT: Despite the efforts to deny that the extinguishment of ownership possesses a punitive character, the way that the project N° 19.571, currently in discussion in the Legislative Assembly, presents its regulation, reveals that that is its character, whereby it is debatable whether to disregard the principles, rights and guarantees that, from the conventional and constitutional regulation existing in the country, are associated to the imposition of punishment. Rather than that, a reform of the confiscation institute should be done, one that transforms it into an efficient implement in order to recover the goods victims of crime.

Key words: illegal profits, effects, mechanisms, confiscation, organized crime, extinguishment of ownership, assets recovery.

Fecha de recepción: 20 de junio de 2017

Fecha de aprobación: 28 de agosto de 2017

SUMARIO: I.- La recuperación de activos como herramienta de política criminal. II.- Definiciones básicas en materia de recuperación de activos. III.- Proyecto de ley sobre extinción de dominio. A) Generalidades. B) De las causales para la extinción de dominio. C) Otros cuestionamientos de interés. IV.- De la necesidad de reformar el comiso. V.- Conclusiones. VI.- Bibliografía.

I.- La recuperación de activos como herramienta de política criminal.

¹ Doctora en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Máster en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica. Jueza de Apelación de Sentencia Penal y profesora de derecho penal U.C.R.

El incremento de los grupos organizados dedicados a la comisión de delitos y la internacionalización de sus actividades, constituye un fenómeno criminológico que, por sus implicaciones, se ha convertido en el centro de atención de la política criminal. Y es que es innegable que, de la mano con la globalización de la economía, las organizaciones criminales han proliferado con el propósito de satisfacer una demanda que, aunque de manera subrepticia, existe en relación con bienes y servicios ilícitos (por ejemplo, tráfico de armas, drogas, de órganos, terrorismo, etcétera).

Ante este panorama la estrategia ha dejado de ser únicamente la imposición de penas de prisión. Para desmantelar la criminalidad, sobre todo la organizada que funciona como lo haría cualquier empresa lícita (con una estructura mínima, con vocación de permanencia y con el propósito de obtener beneficios económicos) acabar con sus ganancias parece más oportuno, pues se entiende que sin ganancias, estos grupos pierden su razón de ser.

Ahora, la estrategia de política criminal centrada en la recuperación de los bienes asociados a actividades delictivas ha comprendido tanto la creación de delitos (vgr. la legitimación de capitales o los delitos tributarios) como el fortalecimiento de una serie de mecanismos dirigidos directamente a suprimir las ganancias. En cuanto a esto último, la normativa de Naciones Unidas incorporada a la legislación costarricense, por ejemplo, la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988), la Convención contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo, 2000) y la Convención contra la corrupción (Mérida, 2003), no solo aluden a la necesidad de que los Estados revitalicen el comiso, sino también a la posibilidad de invertir de la carga de la prueba sobre el origen lícito de los bienes siempre y cuando eso no contravenga los principios que sustentan sus ordenamientos jurídicos internos.

Aunque en algunos de estos instrumentos se hace de forma categórica y en otros de manera solapada, prácticamente en todos se alude a la inversión de la carga de la prueba sobre el origen lícito de los bienes. Ésta también es la línea planteada por el Plan de Prevención y Control de la Delincuencia Organizada-Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio, que considera preciso estudiar la posibilidad de que una vez dictada la condena contra un delincuente por un delito grave, pueda mitigarse la carga de la prueba en lo que se refiere al origen de los activos en su posesión.² De la misma manera, es característico de los instrumentos de Naciones Unidas el hacer depender esta opción de lo dispuesto en el derecho interno de cada Estado. Es decir, un Estado podrá exigir al condenado demostrar el origen

² “Esta mitigación haría que sea la persona condenada quien tenga que demostrar que ha adquirido dichos activos lícitamente. Si el tribunal no queda convencido, se puede declarar que dichos activos son productos ilegales del delito y confiscarlos.” Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N° C 124 de 03/05/2000.

legítimo de su patrimonio siempre y cuando eso no contravenga los principios que sustentan su ordenamiento jurídico. ¿Puede Costa Rica seguir esa línea?

II.- Definiciones básicas en materia de recuperación de activos.

Antes de analizar el proyecto de ley sobre extinción de dominio es indispensable que quien esto lee conozca el significado de una serie de términos contenidos en él y que, como se verá, son los mismos que históricamente han sido empleados tratándose de figuras como el comiso, regulado actualmente en el artículo 110 del Código Penal.³ Recuérdese que el comiso es el acto por medio del cual el Estado despoja al autor o partícipe del delito, o inclusive a un tercero (en ciertas circunstancias) de algunos de los derechos que integran su patrimonio y cuyo objeto tiene relación con el delito, sea porque son *i)* el instrumento con que se cometió este; *ii)* un efecto, o *iii)* la ganancia proveniente de aquel.⁴

Con el término *instrumentos* se alude a los bienes (materiales o inmateriales) que nos sirven para hacer algo. Son “*aquellos objetos usados para la realización de la acción delictiva,*”⁵ “*los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal,*”⁶ o, en palabras de Gracia Martín, los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan sido útiles para su ejecución, verbigracia “*...las armas con que se hayan ejecutado la muerte o las lesiones corporales, los útiles que se hayan empleado para la comisión del robo o los medios de que se haya servido el falsificador.*”⁷

Los *efectos* son los bienes producidos, transformados o manipulados desde la propia conducta constitutiva de la infracción (p. ej., el dinero falsificado). Es importante señalar que el término *efectos* comprende únicamente los bienes producidos por medio de la acción típica, no así los bienes obtenidos por medio de la acción criminal (p. ej. el dinero hurtado, o el vehículo comprado con dinero falsificado), pues estos entran en una categoría distinta, a saber, la de las *ganancias*. En otros ordenamientos jurídicos, como el alemán, los efectos quedan comprendidos, junto con las ganancias, en lo que se conoce como producto del delito.⁸

³ El art. 110 del Código Penal señala: “*El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros.*”

⁴ De la relación que hay entre el objeto de comiso y la conducta constitutiva de delito o falta se desprende que esa figura jurídica afecta a objetos concretos y no a todo el patrimonio. Según Teresa Aguado Correa, así funciona el comiso en la mayoría de países. AGUADO CORREA (2000:16).

⁵ SÚAREZ-MIRA RODRIGUEZ; JUDEL PRIETO; PIÑOL RODRÍGUEZ (2008:468).

⁶ PRATS CANUT; MORÁN MORA (2004: 649).

⁷ GRACIA MARTÍN; BOLDOVA PASAMAR; ALASTUEY DOBÓN (1996: 450).

⁸ El Código penal alemán distingue entre el comiso de seguridad cuya naturaleza es esencialmente preventiva y el comiso de las ganancias del hecho criminal. El comiso de los instrumentos y productos del delito recibe el nombre *Einziehung*, en tanto que el de las ganancias o provecho se conoce como *Verfall*.

Las *ganancias* consisten en el *beneficio o utilidad que se consigue o se origina de algo o por algún medio*. Como ya se explicó atrás, es la incautación de las ganancias el objetivo primordial de todas las iniciativas que a nivel internacional se han articulado, ya que se asume como punto de partida que una vez suprimidas, las organizaciones criminales que funcionan bajo la lógica empresarial perderán sentido.

El fundamento y orientación teleológica de cualquier incautación de bienes no es el mismo en los casos ya mencionados. Tratándose de los efectos o instrumentos, su fundamento se encuentra en el peligro asociado a ciertos bienes. Se busca neutralizar la peligrosidad de algunos objetos y evitar su empleo en la comisión de nuevas infracciones. Tratándose de las ganancias, su fundamento radica en la no tolerancia de una situación patrimonial ilícita. La medida, en consecuencia, está destinada a impedir un lucro injusto. Demostrado el origen irregular de los bienes, procede su incautación por parte del Estado, sin que pueda alegarse un derecho de propiedad sobre estos, toda vez que la infracción no es un modo de adquirir este (u otro derecho) que el ordenamiento jurídico reconozca.⁹ En el caso de las ganancias, el tema de la peligrosidad es absolutamente intrascendente.

Siempre en este acápite que está destinado a precisar algunos conceptos, conviene dimensionar las consecuencias de ignorar cuál es la razón de ser y el propósito de las modalidades de incautación de bienes ya mencionadas (instrumentos y efectos, por un lado, y ganancias, por otro). Así, si los efectos y los instrumentos ya no existen; no son peligrosos intrínsecamente, o no existe riesgo de que puedan emplearse en la comisión de nuevas actividades criminales, la única razón para ordenar la extinción del dominio (tal y como sucede en el proyecto, pues la aplicación de la medida no se supedita a un análisis de peligrosidad) será el deseo de sancionar al propietario del bien por permitir su uso en la ejecución de una actividad ilícita. De esta forma, una figura que (al menos en teoría) no tiene matices sancionatorios, los adquiere, llegando al absurdo de tener que ordenar la extinción de bienes insignificantes, quizá también de uso común y fácilmente reemplazables (v.g., un paraguas, un cuchillo de cocina, o una tijera) solo porque fueron instrumentos o efectos de una actividad criminal. Cabe añadir que en estos casos el titular sí tiene un derecho de propiedad sobre el bien que, por ser de rango constitucional, no puede cercenarse arbitrariamente.

Tratándose de las ganancias, como ya se apuntó, por su procedencia ilícita no puede alegarse un derecho de propiedad sobre las mismas. Lo anterior, sin embargo, no excluye que su incautación pueda convertirse en una verdadera sanción si el tema no se regula cuidadosamente.

III.- Proyecto de ley sobre extinción de dominio.

⁹ Comparte este criterio, BACIGALUPO SAGGESE (2002: 516).

A) Generalidades.

Se trata de una iniciativa para introducir al país la figura de la extinción de dominio.¹⁰ Esta acción, que se dice es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real, de contenido patrimonial, que se tramita en un proceso autónomo e independiente de cualquier otro proceso,¹¹ busca declarar la titularidad a favor del Estado, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado *“de los bienes o derechos producto de o destinados a las actividades ilícitas referidas en la presente ley,”* es decir, de lo que atrás definimos como ganancias, instrumentos y efectos relacionados con una serie de actividades ilícitas.

El primer gran problema que se plantea con este proyecto es la definición de la actividad ilícita. Según el artículo tres, apartado 1), lo será:

“Toda actividad contraria al ordenamiento jurídico vigente, independiente de la responsabilidad penal, aun cuando no se haya dictado sentencia, relacionadas con:

- a. Infracciones a la Ley N° 8204 sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo,*
- b. Conductas relacionadas con la legitimación de capitales,*
- c. Conductas de corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública,*
- d. Conductas relacionadas con el contrabando,*
- e. Conductas relacionadas con cualquier actividad de tráfico ilícito de armas y explosivos e infracciones a la legislación vigente que regule la materia,*
- f. Conductas vinculadas con el terrorismo y su financiamiento,*
- g. Conductas relacionadas con trata de personas, explotación sexual, el tráfico ilícito de migrantes o el tráfico ilícito de órganos,*
- h. Conductas típicas que reúnan los requisitos objetivos del fenómeno de delincuencia organizada independientemente de que se haya declarado como tal de conformidad con la Ley N° 8754*

¹⁰ El proyecto original se tramitó en el expediente legislativo N° 18.964. Bajo el N° 19.571 se tramita un texto sustitutivo del 10 de diciembre de 2015, cuya versión actualizada al 8 de febrero de 2017 (y que se titula Texto Actualizado con el II Inf. Moc. 137 (183 mociones presentadas, una aprobada 26-01-17, Comisión P.E. de Seguridad y Narcotráfico) es el que se examina en esta exposición.

¹¹ Art. 2.

Contra la Delincuencia Organizada.” (El destacado no es del original).

Cabe cuestionarse cuál es el presupuesto para aplicar la extinción de dominio. Según el proyecto, la extinción procederá con independencia del proceso penal donde se esté discutiendo la configuración de las actividades delictivas ya referidas. Sin embargo, no se concreta cuáles son las circunstancias que se deben tener por demostradas (en el hipotético caso de que se requiera demostrar algo) en el procedimiento de extinción de dominio. ¿Será acaso un delito en concreto (como sucede actualmente con el comiso regulado en el numeral 110 del Código Penal)? ¿Será una conducta típica? ¿Un injusto penal? ¿Será una actividad que solo puede probarse débilmente, en términos genéricos, al punto que por eso no es objeto de acusación en sede penal? ¿Se ocupará siquiera tener una sospecha fundada de que la persona que resultará perjudicada con la extinción de dominio, ha tenido alguna relación, de cualquier tipo, con alguna de las actividades ilícitas mencionadas en el inciso? Y si no es así, ¿por qué resulta relevante, de cara a la extinción de dominio, la referencia que se hace en el proyecto a ciertas actividades delictivas específicas? Para agravar el panorama, nótese que el proyecto comprende no solo las conductas delictivas sino cualquiera que esté “relacionada” con aquellas, sin llegar a exponer en qué consiste ese vínculo.

El proyecto se conforma con hablar de una acción que es autónoma de cualquier procedimiento judicial, distinta e independiente de la persecución penal. Dice expresamente que no se requiere una sentencia judicial que declare la existencia del delito o la responsabilidad penal del afectado (art. 25¹²), pero no indica cuál es el presupuesto para su aplicación. Tampoco se concreta lo anterior al establecer cuáles son los requisitos de la sentencia de extinción (art. 69¹³).

¹² “ARTÍCULO 25.- Independencia de la acción. Para la procedencia de la extinción de dominio, en ningún caso se requerirá una sentencia judicial previa que declare la existencia de un delito o la responsabilidad penal del afectado.

Tampoco se requerirá demostrar la existencia de un delito, para configurar las causales de extinción de dominio.

En ningún caso procederá la prejudicialidad para impedir que se dicte sentencia.”

¹³ “ARTÍCULO 69.- Sentencia

Una vez concluida la vista oral y pública, el juez citará a las partes, dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles, a una nueva comparecencia en la que comunicará la sentencia. En la sentencia, el juez deberá decidir sobre la procedencia o improcedencia de la extinción de los bienes. Dicha sentencia deberá tener como mínimo:

1. La identificación, ubicación y de los bienes pretendidos.
2. La individualización de los titulares de derechos sobre los bienes.
3. La identificación clara de la causal de extinción de dominio analizada frente a cada uno de los derechos sobre los bienes pretendidos.
4. Relación de las pruebas practicadas durante el juicio.
5. La valoración del acervo probatorio recaudado.
6. El análisis de los alegatos presentados por los sujetos procesales.
7. Los argumentos fácticos, jurídicos y probatorios que sustentan su decisión.
8. La decisión que en derecho corresponda frente a las pretensiones del Ministerio Público.”

Quizá se pueda vislumbrar una respuesta en el artículo 6. En este, además de que se reconoce el derecho a la propiedad privada lícitamente adquirida, se dice: *“No se encuentran tutelados por el derecho de propiedad los capitales y bienes obtenidos o destinados a actividades ilícitas, ni los bienes que formen parte de un incremento de capital injustificado relacionado con actividades ilícitas, en relación a los cuales procede la extinción de dominio regulada en esta ley.”*

Ahora, es en el artículo 7 donde se prevé el *crecimiento patrimonial injustificado*, indicando que este existe cuando: *“...no se tiene una justificación lícita de ese crecimiento patrimonial. Según esa misma norma: “Dentro de la aplicación del proceso de extinción de dominio el afectado deberá demostrar el origen lícito de su crecimiento patrimonial o de lo contrario procederá la extinción de dominio, acreditada por el Ministerio Público, sobre los bienes que no se puedan relacionar con una causa lícita. En cuanto a los delitos o ilícitos tributarios se inhibe la aplicación de esta ley, debido a que dicha materia debe regularse por las leyes especiales tributarias y penales existentes. Se exceptúan de esta inhibición las conductas relacionadas con infracciones aduaneras y contrabando.”*

Como se observa, la norma contempla una clara inversión en la carga de la prueba, donde, ante la ausencia de justificación sobre el origen lícito del patrimonio por parte del administrado, el órgano jurisdiccional debe proceder a extinguir el dominio. Si bien se habla de una extinción *“acreditada por el Ministerio Público”*, se tiene que esta frase no tiene sentido alguno, no solo porque queda exento de demostrar el nexo entre los bienes y la ejecución de un delito, sino también porque, no probando el administrado el origen lícito de sus bienes, la extinción igual sería procedente.

En este punto, cabe recordar que con este proyecto se pretende solucionar la dificultad que enfrenta el órgano acusador estatal para demostrar el vínculo de los bienes con una determinada actividad criminal. Bajo esta línea de pensamiento se ha optado por una figura que, en teoría, está desvinculada del ámbito penal, lo que permitiría liberarla de los rigores que, en términos de prueba, se plantean en esta materia. Así como ha sucedido en los países donde se ha incorporado la extinción de dominio, en el proyecto se afirma que esta no tiene ninguna relación con la materia punitiva y que es patrimonial, dirigida contra los bienes (*in rem*) y no contra las personas (*in personam*). Sin embargo, como se explicará más adelante, una figura no deja de tener rasgos sancionatorios solo porque se le dé otro nombre y se le tramite en una jurisdicción distinta a la penal. En los términos en que está formulado el proyecto examinado, la extinción presenta rasgos punitivos, de allí que las garantías que se asocian a ese tipo de medidas (y que están previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica¹⁴ y

¹⁴ Ej. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 8.2 y 9.

la misma Constitución Política¹⁵) siempre deberían ser aplicables. Incluso (y no obstante la negativa a reconocerlo), bien podemos sostener que en el fondo se está sancionando la conducta de *de no justificar un incremento patrimonial*; que esto supone una vulneración directa a la presunción de inocencia, pues son las personas quienes deben demostrar que su patrimonio no tiene un origen irregular y que la sanción (pese a que se le niegue ese carácter) puede calificarse como desproporcional, ya que puede abarcar todo patrimonio del individuo, asumiendo un carácter confiscatorio.

Sí es necesario hacer ver que en el artículo 48 inciso 4), denominado Investigación Patrimonial, se dice que uno de los propósitos de la fase de investigación que llevará adelante el Ministerio Público será *“Acreditar el vínculo entre los bienes y los presupuestos de la causal de extinción de dominio que corresponda”*. El problema es que entre esas citadas causales está, nada más y nada menos, la que prevé la extinción ante el incremento patrimonial injustificado (con lo cual, como ya se explicó, será el administrado quien deba probar el origen legítimo de sus bienes y no a la inversa); que en todas esas causales se remite al concepto de *“actividad ilícita”* sin que llegue a concretarse a qué se está haciendo referencia con ese concepto *en vía de extinción de dominio* (de nuevo, ¿qué es lo que se debe probar para que se aplique la extinción? ¿Será acaso un hecho típico, un injusto penal, una actividad criminal en términos genéricos, al punto que no se puede formular una imputación en vía penal, será un delito, o quizá baste con una simple sospecha o intuición policial?). No se sabe. Finalmente, véase que en la causal contemplada en el inciso 12 del numeral 21 el vínculo con la actividad ilícita es irrelevante, ya que basta la condena en otro país para que todos los activos que tiene en Costa Rica un sujeto sean objeto de extinción. Por lo ya dicho, se concluye que la fórmula según la cual el órgano requirente tiene alguna responsabilidad en la articulación de prueba es meramente decorativa.

B) De las causas para la extinción de dominio.

Estas se encuentran previstas en el artículo 21 del proyecto, que señala:

“La extinción de dominio procederá sobre:

- 1. Bienes que sean producto, directo o indirecto, de actividades ilícitas.*

¹⁵ El artículo 39 constitucional señala que *“A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de su culpabilidad ...”* De este texto básico, la jurisprudencia constitucional ha deducido todo un sistema de garantías procesales que adquieren especial importancia en la materia penal. Entre estos y para lo que aquí interesa, destacan la presunción de inocencia (estado en virtud del cual no es el imputado quien debe probar su falta de culpabilidad, sino los órganos de la acusación quienes tienen el deber de demostrar su hipótesis) y el principio *in dubio pro reo* (según el cual la convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del endilgado debe superar cualquier duda, pues dándose alguna, corresponde absolverlo). Sobre el debido proceso, véase la sentencia N° 1739/1992 de la Sala Constitucional, del 1 de julio de 1992.

2. *Bienes que sean instrumentos y/o medios de actividades ilícitas.*
3. *Bienes que sean objeto material de actividades ilícitas, salvo que la ley disponga su destrucción o que deban ser entregados a las víctimas de un delito para efectos de su reparación o restablecimiento de derecho.*
4. *Bienes que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas.*
5. *Bienes de origen lícito utilizados, material o jurídicamente, para ocultar bienes procedentes de actividades ilícitas.*
6. *Bienes de origen lícito mezclados material o jurídicamente con bienes procedentes de actividades ilícitas. En el caso de empresas comerciales, si lo ilícito es el aporte de uno o varios accionistas, la extinción de dominio procederá contra esa parte accionaria sin afectar la operación de la empresa.*
7. *Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan pruebas que a criterio del juez determinen que no se tiene una justificación sobre la licitud del crecimiento patrimonial.*
8. *Bienes que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los bienes descritos en las anteriores causales.*
9. *Bienes abandonados de los que se infiera razonablemente que su origen es ilícito o fueron instrumentos de actividades ilícitas.*
10. *Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que provienen de, o están destinados a, la ejecución de actividades ilícitas.*
11. *Bienes o activos que dentro de una investigación penal se hayan vinculado con actividades ilícitas, sin que se haya dictado el comiso de los mismos.*
12. *Bienes o activos ubicados en Costa Rica, vinculados a una persona condenada en otro país por actividades ilícitas.”*

Volvemos con esta norma a preguntarnos, ¿cuándo o cómo se demuestra, al margen del proceso penal, que los bienes son producto, instrumentos u objetos materiales de una actividad ilícita, o peor aún (por su indefinición), de una conducta relacionada con una actividad ilícita? El proyecto alude

reiteradamente al tema pero nunca llega a concretar el presupuesto de la extinción, creo que, en buena parte, porque todo terminará reconduciéndose a través de las presunciones que tácitamente han sido previstas y con ocasión de las cuales si el administrado no demuestra el origen lícito, terminará concluyéndose que es ilícito.

Dicho esto, se harán algunas puntualizaciones en relación con la norma antes reproducida. En los incisos 1) a 3) se contempla la extinción sobre *el producto* de las actividades ilícitas, entiéndase, de las ganancias y los efectos de esas actividades. También se prevé la extinción sobre *los instrumentos* con que se efectuó la actividad, así como sobre "*el objeto material*" de la actividad delictiva. Con esta última categoría, se alude a aquellos objetos sobre los cuales recae la acción delictiva y que están contemplados en el mismo tipo penal. Por ejemplo, la droga en el delito de venta de drogas,¹⁶ o las armas en el delito de tenencia de armas prohibidas.¹⁷ Se trata de bienes que en buena parte de los casos pueden ser catalogados también como ganancias, efectos o instrumentos del delito. Por ejemplo, el vehículo robado no solo es la *ganancia* del robo, sino también el objeto material sobre el que recae la conducta típica (robar). El documento falso no solo es el objeto material sobre el que recae la acción típica (falsificar), sino también un *efecto* que se origina con esa acción. Ahora, siendo que actualmente, con el art. 110 del Código Penal, los efectos, los instrumentos y las ganancias de la actividad criminal están sometidos a comiso, parecen innecesarias estas previsiones, máxime considerando que (como se dirá luego) su inclusión solo se explica por el deseo de punir al titular de los bienes, demostrándose así que el proyecto, pese a las etiquetas empleadas, mantiene su carácter sancionatorio.

Los incisos 4) y 8) contemplan figuras que, desde hace muchos años, debió incorporar el legislador en relación con el comiso, que es la forma tradicional de recuperación de activos en el ámbito penal. Claro que se requiere introducir el comiso subrogatorio (que permite la extinción sobre los bienes en los que se han transformado o convertido los que estaban relacionados directamente con la infracción) e incluir el comiso de los llamados *aprovechamientos* (que son las ventajas obtenidas con la explotación de las ganancias originales). Sin embargo, esto debe hacerse con límites y no como se plantea en el proyecto de extinción, donde a través de la inversión de la carga de la prueba, se avala una incautación *ad infinitum*. De igual forma, la incautación de los aprovechamientos y de los bienes que han tomado el lugar del directamente relacionado con el hecho solo tiene sentido en relación con

¹⁶ Ley N° 8204, artículo 58: "*Se impondrá pena de prisión de ocho a quince años a quien, sin autorización legal, distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte, almacene o venda las drogas, las sustancias o los productos referidos en esta Ley...*"

¹⁷ Ley N° 7530, artículo 89.- "*Tenencia de armas prohibidas. Se le impondrá prisión de dos a cinco años, a quien posea armas prohibidas o reservadas para uso exclusivo de los cuerpos de policía.*"

las ganancias, pues recordemos que en relación con los instrumentos y los efectos, lo que interesa es su peligrosidad. Así dicho, si el bien que era peligroso pierde ese carácter (por ejemplo, si el arma de fuego es sometida a un proceso de transformación con ocasión del cual queda inservible), su incautación solo se explica por el deseo de sancionar al titular por haber permitido su uso en la ejecución de un delito, lo que hace de la medida una sanción (pese a que se insista en negarlo).

El supuesto número 6) es claramente confiscatorio. En lugar de prever la extinción de dominio en relación con bienes ilícitos, se prevé la extinción de los lícitos que se han mezclado con aquellos, sin límite alguno. ¿Cuál es la razón, el fundamento de esto? No la hay. Especulando, podría ser el sancionar al titular de los bienes lícitos por permitir esa mezcla y, si es una sanción, hay que aplicar los derechos y garantías que se asocian a estas. Además, con esto también se deja de lado que la misma normativa de Naciones Unidas lo que prevé en estos casos (de mezcla de bienes lícitos e ilícitos) es la incautación únicamente de los ilícitos *hasta por su valor estimado*. Es decir, nunca se considera la incautación de los lícitos pues se tiene claro que no se busca usar este mecanismo a modo de reproche o pena. Lo mismo cabe predicar en relación con el inciso 5), donde tenemos que reconocer que lo que se busca es sancionar al titular de los bienes lícitos por emplear estos (o permitir que se usen) para ocultar otros de carácter ilícito.

Los supuestos de los incisos 2) y 3) (extinción sobre los instrumentos y objetos materiales de una actividad ilícita) permiten revelar la naturaleza sancionatoria de la figura. Si los instrumentos con que se ejecuta una actividad ilícita o los objetos materiales sobre los que recae esta (cuando sean simultáneamente instrumentos o efectos de esa actividad) no son peligrosos intrínsecamente y no existe riesgo de que se usen para cometer nuevas infracciones, la decisión de trasladar su dominio al Estado solo se explica por el deseo de castigar a su titular, por usar o permitir su uso en las condiciones ya dichas. Al no considerar la peligrosidad del bien (tal y como sucede en el proyecto) no hay duda de que la medida se adopta *in personam*, sea en contra del titular del mismo, a modo de sanción, y no *in rem* (contra un patrimonio).

En el inciso 10) se habla de bienes que *provienen de o están destinados a actividades ilícitas*. Esto es lo que ya se había contemplado en los primeros incisos al hablar de *productos e instrumentos*, con lo cual no se explica la reiteración. Aunado a esto, se alude a las circunstancias en que fueron hallados tales objetos, o de sus características particulares como medio para establecer su origen y destino, desconociéndose entonces cuál es la exigencia que, en términos probatorios, se requiere para los supuestos previstos en los primeros incisos del artículo. De nuevo, sigue sin decirse cuál es el presupuesto para aplicar la extinción de dominio.

El inciso 11) alude a los bienes que fueron vinculados a una actividad ilícita en una investigación penal sin ordenar su comiso. ¿Cuál es el alcance de lo anterior? ¿Será acaso que se puede modificar una decisión de un tribunal penal en cuanto al comiso de determinados bienes? ¿Podrá un juez de extinción ignorar esa decisión, o corregirla cuando crea que es incorrecta? Se dice en el art. 18 que se garantiza la cosa juzgada, pero se aclara que esto es en la misma vía de extinción de dominio, siendo que, de lo resuelto en la sede penal, nada se afirma.

El inciso 12) es una confiscación en toda regla, desde que una condena en otro país por actividades ilícitas autoriza al Estado a hacerse con todo el patrimonio del sujeto que esté ubicado en Costa Rica, al margen de si este patrimonio tiene algún vínculo con el delito que motivó la condena, o con cualquier otro hecho criminal.

El supuesto que mayor examen merece es el contemplado en el inciso 7) del art. 21. Como se ha indicado en apartados anteriores, no se especifica cuál es el presupuesto de la extinción. Se habla de “una actividad ilícita”, sin que llegue a concretarse cuál es el contenido de esta afirmación. Si bien en el proyecto se alude a un listado de delitos, no se explica qué debe demostrarse en vía de extinción de dominio para que pueda aplicarse dicho concepto. No se sabe si tendrá que demostrarse la comisión de uno de los delitos incluidos en ese listado, o de un hecho típico, o de un injusto penal. No se sabe si bastará con demostrar que existen *sospechas* en relación con la eventual comisión de ese tipo de infracciones. Es de imaginar que, ante semejantes vacíos, todo terminará reconduciéndose a través del inciso 7), que es la verdadera razón de ser del instituto. Según este inciso, la extinción cabrá sobre *“Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan pruebas que a criterio del juez determinen que no se tiene una justificación sobre la licitud del crecimiento patrimonial.”* Se trata de una definición alambicada, en la que se termina reiterando lo dicho en el numeral 7 del proyecto, pues si el administrado no aporta pruebas sobre el origen lícito de sus bienes, si no lo justifica, procederá la extinción (justamente por esto se habla de un patrimonio *no justificado*). En lugar de trasladar la carga de la prueba al órgano requirente, obligándole a demostrar el vínculo de los bienes con un delito, o cuando menos con una acción que sea típica y/o antijurídica, poniendo el énfasis en la *ilicitud* de los bienes, se obliga al administrado a demostrar el carácter legítimo de estos. También se acude a una fórmula confusa, donde se habla de prueba no en relación con la licitud o no de los bienes, sino en relación con la existencia de una justificación (que desde que el patrimonio es injustificado, evidentemente no hay).

El art. 32 del proyecto de ley prevé, como derechos del afectado: *“5. Probar el origen legítimo de su patrimonio y de los bienes cuyo título se discute, así como la licitud de su destinación. 6. Probar que los bienes de que se trata no*

se encuentran en las causales de procedencia para la extinción de dominio. 7. Probar que respecto de su patrimonio, o de los bienes que específicamente constituyen el objeto de la acción, se ha producido una decisión favorable que deba ser reconocida como cosa juzgada dentro de un proceso de extinción de dominio, por identidad respecto a los sujetos, al objeto y a la causa.” ... 10. Demostrar la actividad lícita que justifica el incremento de su patrimonio.”

Igualmente, se plantea como un derecho del afectado lo que, según el art. 7, es *un deber* marcado por un desplazamiento contundente de la carga de la prueba. No existiendo prueba sobre el origen lícito de los bienes (al punto que, de la relación de los artículos 7 y 21 inciso 7, resulta intrascendente si los bienes se originan en actividades ilícitas, pues basta con que constituyan un patrimonio “injustificado”), se dispone la extinción de dominio. Si el afectado no demuestra que el incremento patrimonial tiene un origen lícito, sino no aporta prueba en ese sentido, el instituto debe aplicarse, asumiéndose su origen irregular. A diferencia de lo que sucedía con el proyecto en su versión de diciembre de 2015, que cuando menos exigía *un grado de probabilidad* en cuanto al origen ilícito de los activos¹⁸ (cosa que también era cuestionable, pues una cosa es *la probabilidad* y otra *la certeza* que demanda el art. 39 constitucional), con la versión del proyecto actualizada a febrero de 2017 no se requiere ni ello. Basta con que no se justifique el origen lícito de los bienes para que se proceda a su extinción, siendo irrelevante que haya elementos para reputarlos originados o vinculados con una “actividad criminal.”

C) Otros cuestionamientos de interés.

La extinción de dominio plantea múltiples problemas, que se hacen más visibles una vez que se establece la verdadera naturaleza jurídica del instituto. La extinción es, primero que todo, una medida de Derecho público. El Estado se apropia de los bienes que (según dice el proyecto) se relacionan con una conducta que, a su vez, tiene vínculo con una actividad delictiva. Se trata de una transferencia coactiva, donde se establece una relación desigual entre el poder público dotado de *imperium* y la ciudadanía que está subordinada a ese poder,¹⁹ y no una relación entre particulares, dirigida a la protección de sus intereses y en donde se puede disponer del ejercicio de la acción. La posición de supremacía que tiene el aparato estatal sobre los habitantes de su territorio

¹⁸ En esa versión del proyecto, el numeral 21 inciso 7) contemplaba la extinción de: “Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan pruebas que a criterio del juez permitan concluir que hay una probabilidad razonable de que provienen de actividades ilícitas.”

¹⁹ “En términos generales, puede decirse que el Derecho público se caracteriza porque en él existe un ejercicio de poder del Estado. Sus normas son las que van dirigidas a regular la organización y la actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones como tales entes públicos con los particulares. El Derecho privado es aquel que regula las relaciones entre particulares, es decir, aquellas en que ninguna de las partes actúa revestida de poder estatal... Las relaciones de Derecho público con particulares se caracterizan porque en ellas existe una situación de desigualdad entre las partes... Por el contrario, en las relaciones de Derecho privado, todos intervienen como iguales, al menos jurídicamente.” LATORRE (1990: 156).

es todo lo contrario a la situación de igualdad jurídica que caracteriza al Derecho privado²⁰ y en particular al Derecho civil. Mientras que en este la ley es un marco general y priva la autonomía de la voluntad de las partes, en el ámbito del Derecho público se privilegia la defensa del interés común y por ese motivo el Estado no requiere el consentimiento de la ciudadanía para tomar decisiones y actuar.

La sanción, sea administrativa o penal, tiene un sustrato idéntico: la realización de una conducta ilegal, es decir, prohibida por el legislador, que decide tutelar un bien jurídico a través de consecuencias afflictivas reguladas por uno u otro sistema.²¹ Como señala la doctrina,²² hay varios elementos que permiten distinguir la medida sancionatoria de otras clases de medidas, sin embargo, el más importante es la finalidad represora.²³ La sanción es

²⁰ SÁNCHEZ MORÓN (2011: 43). Sobre las distinciones entre Derecho público y Derecho privado, véase AÑÓN, M.J. (1990: 149-150, 160). Sobre el tema también apunta Roxin: *“Dado que el Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, no se basa en el principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del Estado (que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal), es parte integrante del Derecho público. Si no obstante por lo general se divide la materia jurídica en los tres grandes campos del Derecho civil, el Derecho público y el Derecho penal, con ello se desmembra e independiza el Derecho penal del Derecho público en sentido estricto por razones tradicionales y por su especial significación; pero ello no cambia para nada su pertenencia sistemática al Derecho público en sentido amplio.”* ROXIN (1997: 43).

²¹ SILVA FORNÉ (2003: 174).

²² *“Conviene matizar, sin embargo, que no toda medida o acto de gravamen que la Administración puede adoptar como consecuencia de una vulneración del orden jurídico es una sanción administrativa. Muchas de estas medidas tienen por finalidad simplemente restaurar la legalidad infringida o reponer las cosas al estado previo a la infracción. Por ejemplo, la orden de demoler un edificio construido ilegalmente... Otras veces se trata de medidas que afectan a la eficacia de los títulos jurídicos otorgados por la propia Administración a los ciudadanos, eficacia que está condicionada a la correcta utilización de los mismos. Por ejemplo, la revocación de una licencia de actividad para un bar por no adoptar las medidas correctoras necesarias para evitar ruidos excesivos... Otros actos de gravamen deducen las consecuencias económicas o de otro tipo, legalmente previstas, de un incumplimiento, tales como la obligación de abonar intereses legales o recargos tributarios... En fin, puede tratarse de actos de ejecución forzosa, como es el caso de las multas coercitivas, o de simples medidas cautelares. Estas y otras medidas desfavorables a veces acompañan a la imposición de sanciones o son accesorias de ellas, pero no tienen por sí mismas carácter sancionador. Menos aún el resto de las medidas limitativas o de policía. Lo característico de las sanciones administrativas, como de las penales, es su naturaleza represiva de conductas ilícitas y no meramente reparadora o de ejecución.”* SÁNCHEZ MORÓN (2011: 678).

²³ *“El efecto afflictivo de la medida también es común, con matizaciones de acuerdo con el tipo de sanción impuesto. Sin embargo, no puede confundirse el ocasionamiento de un gravamen -tan amplio como la imposición de cualquier tipo de perjuicio o la pérdida de un beneficio- con la aplicación de una sanción. La amplitud dada por GARCÍA DE ENTERRÍA a la noción de sanción administrativa seguramente obedece al propósito de establecer estrictos límites a la actividad estatal, con un loable propósito garantista; pero ello no puede llevar a crear conceptos tan laxos (téngase presente que un mero incumplimiento contractual puede llegar a calificarse de «ilegal») que puedan dar cabida a una gran variedad de actos administrativos con efectos desfavorables para alguien. Por tal motivo, es imprescindible la concurrencia de la finalidad represora a que alude SUAY RINCÓN. Esta finalidad -también un elemento común a las sanciones penales- nos permitirá diferenciar las medidas administrativas punitivas de aquellas dotadas de otro carácter. Desde luego que nos referimos a la finalidad de la sanción en lo inmediato; es indudable que toda medida punitiva siempre debe perseguir la tutela de bienes jurídicos, pues sería inadmisibles una sanción que se agotara en la represión pura y*

represión, es imposición de consecuencias negativas,²⁴ lo que no significa que esté ayuna de otros propósitos, pues esto sería contrario a los principios que rigen en un Estado de Derecho. En el proyecto, la extinción de dominio se revela como una verdadera sanción. Así, por ejemplo, para la extinción de dominio sobre los instrumentos y objetos no se contempla la peligrosidad del bien, lo que permite afirmar que la extinción tiene un carácter represivo. El propósito de castigar al autor o partícipe de la actividad criminal, o al tercero titular del bien, por usar o permitir el uso de un objeto lícito en la comisión de un delito, es la única justificación que existe para incautar bienes que no son peligrosos.²⁵ Excluido todo examen sobre la peligrosidad de la cosa, no hay duda de que la medida se adopta *in personam*, sea en contra del propietario del bien, como una sanción por el comportamiento antes descrito. Todavía más claro es esto cuando se autoriza la extinción de bienes lícitos a modo de sanción a su titular por permitir que se mezclen o sean empleados para ocultar algunos de carácter ilícito.

Habiendo dicho que se trata de una medida sancionatoria, se puede agregar que la extinción tiene carácter penal y no administrativo pues está asociada a una actividad ilícita (definida así en términos penales). Es evidente también que no es una medida de naturaleza civil y que no es una acción real, no solo porque la relación que se plantea entre el Estado y el individuo afectado es distinta a la que se da entre dos sujetos de Derecho privado, sino también porque se prevé la extinción de dominio sobre bienes por razones puramente sancionatorias, *lo que demuestra que la acción se dirige contra las personas y no contra los patrimonios*. En síntesis, la extinción de dominio es una medida de Derecho público, *una medida sancionatoria* y como tal, debe estar sometida a los derechos y garantías que se prevén en relación con la

simple. En consecuencia, la delimitación del plano sancionatorio lleva a que solo puedan incluirse en ese ámbito a las medidas aflictivas que se desenvuelven en el marco judicial- penal o administrativo dotadas de carácter punitivo o represivo, es decir, que ofician como castigo al infractor, quedando fuera todas los institutos que posean otro carácter en forma predominantemente (siempre que la atribución de tal naturaleza no se trate de un mero rótulo -emanado de las clasificaciones formales del Derecho positivo- que encubra una consecuencia de corte represivo)." SILVA FORNÉ (2003: 176).

²⁴ Dice Armin Kaufmann: "... si miramos sin prejuicios el fenómeno que viene a designarse con las expresiones *derecho penal, ciencia del derecho penal, proceso de condena y punición*, no cabe desconocer una cosa: la relación existente entre el hecho y la reacción frente al mismo. Al hecho antijurídico se le vincula una sanción que encierra -y que precisamente ha de encerrar- un mal para su autor; ya la pura censura que implica el pronunciamiento de la condena supone infligir un mal. Si es que las palabras tienen algún significado, ello es retribución, aunque yo pueda expresarlo también con otros conceptos, como los de compensación, expiación, o simplemente: reacción. Añadamos que la gravedad de la reacción debe ser adecuada a la entidad del injusto y de la culpabilidad, y estaremos ante la retribución justa... Para la justificación de la pena, o más modernamente, para su legitimación, la idea de la retribución justa resulta imprescindible." KAUFMANN (1982: 119-120).

²⁵ Aunque refiriéndose al comiso, Choclán Montalvo afirma que el de efectos e instrumentos que no son peligrosos está orientado a "*sancionar el destino de bienes lícitos, aunque no sean peligrosos, al cumplimiento de un fin contrario a Derecho.*" Así CHOCLÁN MONTALVO (2000: 345).

imposición de estas. En este punto, es importantísimo recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido categórica al afirmar que el debido proceso no se circunscribe a las actuaciones judiciales; que debe ser garantizado en todo trámite o actuación del Estado que afecte derechos de los particulares y, sobre todo, que existen identidad entre los principios que inspiran el Derecho penal y los que inspiran el derecho administrativo sancionatorio pues ambos son expresión del poder punitivo estatal.²⁶

La extinción de dominio quebranta la presunción de inocencia. Invierte la carga de la prueba e incluye tácitamente una presunción en contra del afectado. El principio *in dubio pro reo* también se ve puesto en entredicho desde que se relajan las exigencias probatorias en torno al hecho de procedencia de los bienes y al vínculo del titular o afectado, así como del mismo patrimonio, con ese hecho. Tras las últimas reformas al proyecto, pareciera que ya no se requiere ni siquiera un *juicio de probabilidad* en ese sentido.

La extinción de dominio también lesiona el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo (derechos que su vez son parte del derecho de defensa), toda vez que si el afectado no justifica su patrimonio, su silencio corroboraría que sus activos proceden de una de las actividades ilícitas citadas por el legislador. Se da otro problema cuando el sujeto puede demostrar que sus bienes proceden de una contravención o de un delito que no es de los enumerados en la ley. Así, se coloca al sujeto en la situación de tener que justificarse y reconocer la comisión de un hecho irregular, o de perder su patrimonio.

El proyecto violenta el principio acusatorio, pues tras el proceso de extinción puede terminar afirmándose que alguien se ha visto involucrado en actividades ilícitas que no han sido ni serán concretadas en la vía judicial respectiva, que es la penal, de ahí que el afectado no podrá defenderse. Cabe recordar aquí que el proyecto nunca llega a establecer cuál es el presupuesto

²⁶ Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001. Así, se indicó: “126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. 127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. 129. La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.”

de la extinción (entiéndase, qué es lo que debe demostrarse para que se aplique esta), no obstante lo cual prevé un espacio exento de rigores probatorios para aplicar el instituto y en donde será el administrado quien deberá probar el origen legítimo de sus bienes.

Aunque no se crea expresamente un delito de tenencia injustificada de bienes, este proyecto equipara lo inexplicable y lo delictivo, pues no es imprescindible que el órgano jurisdiccional llegue a concluir con un grado de certeza que los bienes tienen un determinado origen, o que tienen un vínculo con una actividad criminal específica. De hecho, la apuesta se dirige a desconectar o desvincular lo anterior, como si de cuestiones distintas se tratase.

También resulta oportuno cuestionar cuál es el criterio para distinguir la riqueza lícita de la ilícita. En el proyecto se supedita el ejercicio de la acción a los criterios del Ministerio Público de “*selección y priorización de casos*” (art. 5), sin comprenderse por qué. ¿Es que acaso hay fortunas mejor habidas que otras? ¿Por qué se habla de casos que deben ser priorizados frente a otros? A pesar de que en el mismo proyecto se argumenta que no debe existir margen para la arbitrariedad, en ese artículo se consagra lo contrario, no solo porque a través de una fórmula ayuna de toda precisión se avala que el Ministerio Público tenga un importante margen de discrecionalidad en el ejercicio de la acción de extinción de dominio (lo que vulnera el principio de legalidad), sino porque, sin disimulo, se excluyen expresamente del ámbito de aplicación de esta normativa los delitos tributarios. Para ello, da la siguiente explicación:

Art. 7: “En cuanto a los delitos o ilícitos tributarios se inhibe la aplicación de esta ley, debido a que dicha materia debe regularse por las leyes especiales tributarias y penales existentes. Se exceptúa de esta inhibición las conductas relacionadas con infracciones aduaneras y contrabando.”

Con esto, lamentablemente, se evidencia que incluso proviniendo todas de delitos, hay fortunas mejor habidas que otras, lo que resulta inexplicable de cara al principio de igualdad ante la ley.

Se afirma que son nulos de pleno derecho todos los actos, negocios y contratos celebrados sobre los bienes que se encuentren en algunas de las causales de extinción de dominio (art. 29²⁷). Esto es absurdo, pues el proyecto no solo está referido a bienes obtenidos de forma ilícita sino también a los obtenidos lícitamente, pero empleados, por ejemplo, como instrumentos de un delito. Tratándose de estos hay un derecho de propiedad incuestionable, como también lo hay sobre los bienes de origen lícito mezclados con ilícitos. La situación del afectado también varía en cada caso (así, no es lo mismo ser

²⁷ “ARTÍCULO 29.- Nulidad de pleno derecho.

Son nulos de pleno derecho todos los actos, negocios y contratos celebrados sobre bienes que se encuentren en alguna de las causales de extinción de dominio previstas en esta ley y así lo declarará el juez de extinción de dominio que conozca la causa.”

titular de un bien que es usado como instrumento de un delito que serlo de un bien que procede, a modo de ganancia, de un delito, pues en el primer caso sí existe un derecho de propiedad y en el segundo no) y esto no se considera. Sobra decir que el problema no se resuelve con autorizar al juez a no aplicar la extinción en ciertos casos donde los afectados sean niños, adultos mayores o discapacitados (art. 70), pues quienes no posean tales condiciones también tienen derechos que deben ser considerados. Por ello se concluye que el proyecto restringe, menoscaba y limita el goce de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política, entre ellos, el derecho a la propiedad privada y a no ser sometido a la pena de confiscación.

El proyecto lesiona el principio constitucional de proporcionalidad, pues la extinción puede proceder sobre todo el patrimonio que el administrado amasó desde que entró en vigencia un determinado delito (aun y cuando no se haya demostrado que incurrió en esa conducta típica), o cuyo origen no logra justificar,²⁸ medida que puede ser de excesiva dureza y que, sin duda, puede afectar indirectamente a terceros, como su familia.

IV.- De la necesidad de reformar el comiso.

Si bien los instrumentos internacionales invitan a los Estados parte a fortalecer y/o crear institutos jurídicos que permitan al Estado recuperar los activos de la criminalidad (de especial interés, las ganancias), llegando incluso a proponer una inversión en la cara de prueba, también subrayan que apostar por un camino u otro **dependerá de lo que cada país entienda que es conforme con su ordenamiento jurídico interno**. En el caso costarricense, por las razones apuntadas, la extinción de dominio no resulta ser una opción, ya que vulnera los derechos y garantías consagrados en la misma Constitución Política. Esto no significa que debamos quedarnos de brazos cruzados. No son pocos los países²⁹ que han apostado por reformar la figura del comiso, de manera que dentro de la misma vía penal sea posible incautar bienes que, aunque relacionados con la comisión de hechos criminales, no pueden ser objeto del comiso en su forma más elemental.

Así, por ejemplo, el primer paso consiste en diferenciar, por un lado, el comiso de los efectos e instrumentos, y por otro, el de las ganancias. Modalidades de comiso que son legítimas en relación con estas últimas (vgr. el comiso por valor equivalente) no lo son en relación con los instrumentos y efectos. Esto hay que tenerlo presente si se quiere evitar incurrir en el error de

²⁸ "Artículo 28.- Retrospectividad de la acción de extinción de dominio.

"La acción de extinción de dominio, tendrá carácter retrospectivo de conformidad con las siguientes reglas:

a) *Sobre actividades ilícitas: Hasta la entrada en vigencia de la norma que hubiese declarado la ilicitud de la actividad relacionada con la causal de extinción de dominio.*

b) *Sobre incrementos patrimoniales injustificados: Hasta el origen, sin causa justa, del incremento patrimonial que se investiga."*

²⁹ Por ejemplo, España, Alemania, Portugal o Suiza, entre otros.

dotar gratuitamente de un carácter sancionatorio a un instituto que está concebido con otros propósitos. Igualmente, es indispensable que el legislador, a través de una reforma del numeral 110 del Código Penal, autorice el comiso de los bienes en los que la ganancia se haya convertido o transformado; el de la ganancia que se ha mezclado con bienes de origen lícito hasta por su valor estimado; así como cualquier ingreso o beneficio derivado de la ganancia, esto en los términos en que está contemplado en los instrumentos internacionales mencionados atrás.³⁰ Se requiere incluir el *comiso subrogatorio* (entiéndase, el de los bienes que han sustituido a los inicialmente decomisables, p. ej., el comiso del inmueble que el autor compró con el dinero obtenido con la estafa), como el de los *aprovechamientos*, consistentes en el incremento o aumento de las ganancias iniciales o de sus sustitutos, es decir, ganancias que son obtenidas con la inversión, explotación o uso de aquellas.³¹

Otra figura que debe ser incorporada a la normativa costarricense tratándose de las ganancias ilícitas es *el comiso por valor equivalente*. Para los casos en que es imposible realizar el comiso de aquellas (pensemos, por ejemplo, porque han sido transmitidas a un tercero de buena fe que las adquirió legalmente), se prevé el citado comiso, según el cual los bienes que deben y no pueden ser decomisados por razones imputables al sujeto investigado, deben ser sustituidos por otros de su propiedad que tengan igual valor³². Al igual que el comiso subrogatorio y el comiso de los aprovechamientos, esta figura está contemplada en todos los instrumentos de Naciones Unidas citados atrás y es procedente tratándose de las ganancias, no así en relación con los efectos e instrumentos, pues para estos lo que interesa es solo su peligrosidad.

En Costa Rica tampoco se prevé el denominado comiso ampliado, con el que en otras legislaciones,³³ se ha pretendido alcanzar las ganancias obtenidas

³⁰ En las tres Convenciones de Naciones Unidas citadas al inicio de esta exposición se contempla el comiso de los productos de las infracciones penales, así como el comiso de los productos que han experimentado transformaciones; que se han mezclado con otros bienes de origen lícito hasta por su valor estimado y de los beneficios derivados de los anteriores (entiéndase, los derivados del producto, de los bienes en los que el producto haya sido transformado o convertido y de los bienes con los cuales se haya mezclado el producto, *en la misma medida de este*).

³¹ CHOCLÁN MONTALVO (2001: 53).

³² “La previsión del comiso del valor equivalente ofrece una serie de ventajas, al permitir dar una respuesta adecuada a los supuestos en los que por cualquier motivo lo obtenido ya no esté a disposición del sujeto, bien porque el sujeto ha consumido, destruido u ocultado el objeto del comiso, o bien porque consiste en una disminución del patrimonio o porque por cualquier otro motivo es imposible proceder a su decomiso. El comiso del valor equivalente también permite resolver satisfactoriamente los casos en los que los bienes no pueden ser decomisados por haber sido adquiridos legalmente por un tercero de buena fe no responsable del delito. En estos supuestos, se podrá decretar el comiso de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al objeto que ha sido adquirido legalmente por el tercero de buena fe. En definitiva, este comiso permite que el sujeto que no conserva el objeto del comiso no reciba un trato mejor que aquel que lo conserva.” AGUADO CORREA (2003: 5-6). Véase también CUELLO CONTRERAS; MAPELLI CAFFARENA (2011: 374).

³³ P. ej., artículo 127 bis del Código Penal español.

por la organización criminal que no se relacionan directamente con la actividad delictiva sometida a juzgamiento. Véase que se trata de un comiso que se articula en sede penal y que no por ello ha resultado inoperante.

Partiendo de que un procedimiento *in rem* solo debe tener lugar cuando no cabe uno *in personam* y que, por ende, los primeros deben ser de uso excepcional, se puede pensar en un procedimiento accesorio al penal, también tramitado en esta vía, p. ej., para cuando resolver sobre el comiso y la responsabilidad criminal simultáneamente —por el número de personas que alegan tener intereses legítimos sobre los bienes, o por las investigaciones que se deben realizar (v.g., para desenmascarar el uso de testaferrós)— provoque demoras prolongadas. El proceso de carácter autónomo se podría emplear, v.g., para los casos en los cuales no hay un imputado identificado, o cuando este se ha dado a la fuga. También se pueden considerar otros supuestos, como la muerte o la inmunidad del autor del hecho, o cuando el propietario abandona sus bienes. Hablamos de casos donde la declaratoria de culpabilidad resultaría innecesaria. Es evidente que al restringir el empleo de estos procedimientos excepcionales, se evita que se conviertan en una alternativa al proceso penal y, al mantenerlos en la jurisdicción penal, se garantiza que para disponer el comiso (sobre todo el de las ganancias) siempre se requerirá prueba que permita relacionar, con certeza, los bienes con algún hecho criminal, esto al margen de que sobrevenga una condena.

V.- Conclusiones

El proyecto de extinción de dominio que se tramita bajo el expediente N° 19.571 (en su texto actualizado al 8 de febrero de 2017), pretende desvincular la decisión que se adopte sobre el patrimonio criminal del procedimiento penal. A pesar de las buenas intenciones, se trata de una iniciativa problemática pues conserva su carácter penal y este inconveniente no se supera con un simple cambio de etiquetas. Su característica principal es el ejercicio del poder de imperio del Estado, lo que en Costa Rica excluye, al menos en el *plano del deber ser*, cualquier pretensión de regularlas ignorando los principios, derechos y garantías que se prevén en el ámbito de lo punitivo.

No se desconocen las dificultades que enfrenta el Estado cada vez que debe demostrar el vínculo entre los bienes cuya incautación pretende y una determinada actividad delictiva. Sin embargo, en ningún caso la parte acusadora debe resultar exenta de su deber de demostrar la comisión de actividades criminales, sobre todo las que se han realizado durante largos periodos. Tampoco el responsable debe ser favorecido con no ser sancionado penalmente por cometer esas actividades delictivas, bajo el entendido de que solo experimentará la pérdida de su patrimonio.³⁴

³⁴ Para Greenberg y otros, un sistema de decomiso de activos *in rem* no debería permitir a los criminales evitar el enjuiciamiento. “Sacrificar un proceso penal, cuando pueda realizarse, a cambio del decomiso de activos... da la apariencia de que un delincuente compre su salida del

En síntesis, la respuesta no debe implicar crear vías de recuperación de activos al margen del proceso penal, exentas de todos los derechos y garantías asociados a este. Al contrario, se deben hacer las reformas dentro de este proceso, dotando al Estado de las herramientas para acabar con las riquezas de la criminalidad y, a la vez, permitiendo que la ciudadanía que pueda ser afectada esté en plenas condiciones de ejercer sus derechos. Contrario a lo que se ha asumido por muchos, el procedimiento penal no un obstáculo para la recuperación de los bienes de la criminalidad, todo lo contrario, es un instrumento que podría usarse con ese propósito siempre y cuando sea remozado.

VI.- Bibliografía

Aguado Correa, T. (2000): *El comiso*. Madrid: Edersa.

Aguado Correa, T. (2003): "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 05. En línea en: <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05.html> (consulta hecha el 18 de noviembre de 2016).

Añón, M.J. (1990): "Las ramas del ordenamiento jurídico." En: De Lucas, J. (Edit.). *Lecciones de introducción al Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Bacigalupo Saggese, S. (2002): "La "confiscación" del patrimonio proveniente del delito." En: *Cuadernos de Política Criminal*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidos S.A., N° 78-2002.

Choclán Montalvo, J. (2000): "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: Zaragoza Aguado, Javier (Dir.). *Estudios de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a Prevención y represión del blanqueo de capitales)*, N° 28. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Choclán Montalvo, J. (2001): *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid: Dykinson.

Cortés Bechiarelli, E. (2007): "Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)." En: Pérez Álvarez, F (Ed.): *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

Cuello Contreras, J.; Mapelli Caffarena, B. (2011): *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Tecnos.

García Arán, M. (2011): "Art. 127 a 129." En: Córdoba Roda, J; García Arán, M (Dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. Madrid: Marcial Pons.

proceso penal." GREENBERG (2009: 27).

Gascón Inchausti, F. (2006): "[Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba.](#)" En: Robles Garzón, J; [Ortells Ramos](#), M (Dir.): *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*. Vol I, Málaga: Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga.

Gracia Martín, L; Boldova Pasamar, M.; Alastuey Dobón, M. (1996): *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Greenberg, T. S.; Samuel, L.; Grant, W; Gray, L. (2009): *Stolen Asset Recovery. A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*. Washington: Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A.

Kaufmann, A. (1982): "La misión del Derecho penal." En: *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis.

Latorre, Á. (1990): *Introducción al Derecho*. 6ª ed., Barcelona: Editorial Ariel.

Manzanares Samaniego, J. (1997): "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros", *Actualidad Penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal*, N° 24, semana del 9 al 15 de junio.

Prats Canut, J; Morán Mora, C. (2004): "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: Quintero Olivares, G (Dir.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*. 3ª ed. Navarra: Aranzadi S.A.

Roxin, C. (1997): *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Luzón Peña, D; Díaz y García Conlledo, M; De Vicente Remesa, J. Madrid: Civitas.

Sánchez Morón, M. (2011): *Derecho Administrativo. Parte General*. 7ª ed. Madrid: Tecnos S.A.

Silva Forné, D. (2003): "Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador." En: Diez Ripollés, J; Romeo Casabona, C; Gracia Martín, L, Higuera Guimerá, J. (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos S.A.

Súarez-Mira Rodríguez, C; Judel Prieto, Á.; Piñol Rodríguez, J. (2008): *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, 5ª ed. Navarra: Aranzadi S.A.

Vidales Rodríguez, C. (2009): "El comiso ampliado. Consideraciones constitucionales." En: Carbonell Mateu, J. C.; González Cussac, J. L.; Orts Berenguer, E. (Dir.): *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Tomo II, Valencia: Tirant lo Blanch.

Vizueta Fernández, J. (2007): "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas." *Revista Penal*, N° 19. En línea: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/312/303> (fecha de consulta 20 de noviembre de 2016).